

**Pontificia Universidad Católica del  
Perú Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo**

**La arbitrabilidad de las decisiones de los Organismos Reguladores en el marco  
del Sistema de Promoción de la Inversión Privada**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho  
Administrativo**

**AUTOR**

Martín André Mariño Marquina

**ASESOR:**

Alejandro Martín Moscol Salinas

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20111488

**2018**

## RESUMEN

Típicamente se sostiene que el Estado tiene por función garantizar la correcta prestación de una serie de servicios públicos que permitan a los ciudadanos desarrollar su vida en sociedad con un determinado nivel de comodidad. En ese contexto, se le presenta la posibilidad de prestar directamente dichos servicios públicos y proveer la infraestructura que les sirva de soporte, o valerse de la experiencia y especialidad de los privados para que lo hagan. Así, se inició un proceso de delegación a los particulares de una serie de actividades que tradicionalmente habían recaído directamente en el ámbito estatal. A tales efectos, el mecanismo jurídico más eficiente para lograr una colaboración de los privados para la satisfacción de intereses públicos fue la concesión. No obstante, esta delegación de facultades en favor de los particulares efectuada bajo el manto de la concesión administrativa ha pasado a convertirse hoy en día en un fenómeno de colaboración público privada que se rige bajo las normas especiales de Asociaciones Público Privadas. Estando a ello, tenemos que en los últimos años se ha generado una fuerte discusión doctrinaria respecto a la competencia de la sede arbitral para conocer aquellas controversias derivadas de la actuación de los organismos reguladores en marco de la ejecución de los Contratos de APP. Al respecto se han planteado diversas posturas, tan distantes entre ellas, que pueden vislumbrarse no solo desde un punto de vista jurídico sino también económico. De acuerdo con las consideraciones que se expresan en el presente trabajo, se postula que debería reconocerse expresamente a nivel normativo la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones de los organismos reguladores, incluyendo la aplicación de penalidades, derivadas de contratos que se suscriban en el marco de mecanismos de colaboración público privada, a efectos de otorgarle certidumbre y mayores garantías a los inversionistas para promover la inversión con el Estado, la cual constituye uno de los fines fundamentales de nuestro Sistema de Promoción de la Inversión Privada.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO NORMATIVO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS .....</b>	<b>4</b>
<b>II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....</b>	<b>7</b>
1.1. Materias arbitrables en el ordenamiento jurídico peruano .....	7
1.2. Extensión del convenio arbitral en el ordenamiento jurídico peruano ...	10
<b>III. ¿QUÉ SE DISCUTE?.....</b>	<b>14</b>
2.1. Sobre las funciones de los Organismos Reguladores.....	15
2.2. Sobre la naturaleza de las penalidades aplicadas por los Organismos Reguladores .....	16
2.3. Sobre la aplicación de criterios económicos en el análisis sobre la arbitrabilidad .....	17
<b>IV. POSICIÓN PERSONAL.....</b>	<b>18</b>
2.4. Naturaleza jurídica del contrato de concesión .....	18
2.5. Las potestades exorbitantes de la Administración en los contratos administrativos.....	22
2.6. Carácter contractual de las penalidades.....	24
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>26</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>28</b>

## **I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO NORMATIVO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

Recientemente el marco normativo en materia de Asociaciones Público Privadas se ha visto modificado a través de la publicación del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos; y, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Desde la Administración Pública se ha declarado que este nuevo marco legal que regula los mecanismos asociaciones público privadas para el desarrollo de proyectos de infraestructura y prestación de servicios públicos tiene por objetivo impulsar la inversión privada a través de mayores herramientas financieras y legales que traigan consigo la dinamización de nuestra economía.

De esa forma, dentro de las principales novedades introducidas mediante el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, encontramos las siguientes:

- **Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI)**

Bajo la premisa de la cooperación, el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1362 establece que el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI), realiza el acompañamiento, seguimiento, articulación y simplificación durante todas las fases del proyecto.

- **Incorporación de un órgano especializado para la gestión de proyectos**

Las entidades públicas titulares de proyectos pueden implementar directamente o contratar a un tercero para que conforme un órgano especializado para la gestión de proyectos para la implementación integral de los proyectos a su cargo, el cual tendrá dentro de sus funciones

gestionar de manera integral la adecuada implementación de los Contratos de APP a su cargo, en el plazo y presupuesto establecido.

- **Diálogo Competitivo**

Esta figura, regulada en el artículo 44° del Decreto Legislativo N° 1362, permite un proceso de comunicación transparente para incorporar soluciones innovadoras provenientes del sector privado y para optimizar el valor por dinero para el sector público, teniendo presente los principios de Competencia y Transparencia.

PROINVERSIÓN es el encargado de llevar a cabo este mecanismo para el desarrollo de Asociaciones Público Privadas en proyectos que, por su complejidad, requieren la participación de al menos dos postores desde la fase de formulación. La finalidad primordial de esta figura es incorporar la experiencia del privado vinculada los aspectos técnicos del proyecto, a fin de desarrollar estudios de un mayor nivel de profundidad desde etapas tempranas del proyecto.

Sin perjuicio de las modificaciones presentadas que representan un avance en materia de promoción de inversión privada, se verifica que este nuevo marco normativo mantiene ciertos errores recogidos por sus normas predecesoras, como consignar que los organismos reguladores deban coadyuvar al Estado en la defensa de sus intereses en el marco de un arbitraje o no definir exactamente el alcance de las materias que efectivamente puedan someterse a un procedimiento de solución de controversias en vía arbitral.

De esa forma, a propósito de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1362 y su reiterada determinación de los alcances de la arbitrabilidad de controversias durante la ejecución de un contrato de concesión que se deriven de la aplicación de penalidades, nos permitimos realizar el presente trabajo con la finalidad de brindar un aporte sobre esta materia ampliamente discutida y plantear una base de discusión para posteriores modificaciones legislativas.





## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En los últimos años se ha generado una fuerte discusión doctrinaria respecto a la competencia de los Tribunales Arbitrales para conocer aquellas controversias derivadas de la actuación de los organismos reguladores en marco de la ejecución de los contratos de concesión. Al respecto se han planteado diversas posturas, tan distantes entre ellas, que pueden vislumbrarse no solo desde un punto de vista jurídico sino también económico.

Como cuestión preliminar al análisis sobre del tema y planteamiento de nuestra propia postura, consideramos pertinente realizar una revisión de los aspectos fundamentales en materia del arbitraje administrativo regulados en nuestro ordenamiento jurídico y los principales conceptos jurídicos involucrados.

### 1.1. Materias arbitrables en el ordenamiento jurídico peruano

Se entiende por “arbitrabilidad” a aquella materia susceptible de ser discutida a través del arbitraje el cual es un mecanismo especial de solución de controversias. Así pues, de acuerdo con SALCEDO CASTRO<sup>1</sup>, se denomina arbitrabilidad a la *“calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometido a ellos a través del pacto arbitral”*.

Por su parte, CASTILLO FREYRE<sup>2</sup> señala que la arbitrabilidad puede clasificarse, a su vez, en arbitrabilidad objetiva y arbitrabilidad subjetiva entendiéndose a la primera como aquella materia susceptible de ser resuelta en un procedimiento arbitral; y, respecto de la segunda, sobre la capacidad que cuentan las partes involucradas para someter la misma a este mecanismo.

---

<sup>1</sup> Salcedo Castro, Myriam. «La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». En: El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 113.

<sup>2</sup> CASTILLO FREYRE, Mario & SABROSO MINAYA, Rita. “El Arbitraje en la Contratación Pública”. Lima. Palestra Editores

El tratamiento de la arbitrabilidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en distintos cuerpos normativos que deben interpretarse de manera integrada. Así, a efectos de determinar qué controversias podrían someterse a arbitraje debemos tener en vista las disposiciones legales que resulten aplicables en materia de Arbitraje, Contratación Pública y Asociaciones Público Privadas.

En principio, el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje en nuestro país (en adelante, la “Ley de Arbitraje”), establece expresamente cuáles son las materias que pueden someterse a arbitraje, de acuerdo a los siguientes términos:

***“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.***

- 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*
- 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.”*

En esa misma línea, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 “Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, hace una remisión directa a la Ley de Arbitraje para señalar las controversias que podrán dilucidarse durante la ejecución de un contrato de concesión:

***“Artículo 132. Cláusulas arbitrales***

*132.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:*

- 1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.*
- (...)”*



De la lectura de las normas citadas se puede apreciar que las materias susceptibles de ser discutidas en un procedimiento arbitral serán aquellas entendidas como de “libre disposición”. Ahora bien, y tomando en cuenta la ambigüedad de este concepto, entendemos que para un mejor entendimiento resultará necesario que previamente ahondemos sobre aquellos conceptos involucrados, es decir, sobre la libre disposición y la patrimonialidad.

- Sobre la libre disponibilidad

LORCA NAVARRETE<sup>3</sup> señala que las materias de libre disposición son aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad para la creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas. En este punto es importante tener en consideración que el ámbito de la actuación del Estado, a diferencia de lo que sucede con los particulares, no se sujeta a la autonomía de la voluntad sino más bien al principio de legalidad.

En línea con lo anterior, MARTIN TIRADO<sup>4</sup> sostiene que las materias de libre disposición, en el ámbito de la actuación estatal, serán *“aquellas que no afectan derechos fundamentales y recaigan sobre derechos patrimoniales y las que no se encuentran restringidas por normas de derecho público, como el denominado ius imperium del Estado”*.

Sobre este tema, parte de la doctrina especializada identifica ciertos actos de la Administración Pública que derivan de sus facultades de *ius imperium* los cuales evidentemente no podrían ser considerados como materias de libre disponibilidad; sin embargo, se deja igualmente abierta la posibilidad de que otras actuaciones sí tendrían un nivel de mayor libertad, y justamente serían aquellas que se emplean el Estado para relacionarse con los particulares.

- Sobre la patrimonialidad

---

<sup>3</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María. *“Tratado de Derecho de Arbitraje”*. Instituto Vasco Derecho Procesal, 2003.

<sup>4</sup> MARTIN TIRADO, Richard. “La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de Terceros en el Arbitraje Administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, Número 11, pp.167

En este punto, SANTISTEVAN DE NORIEGA<sup>5</sup> sostiene que existe un ámbito patrimonial en el que el Estado y sus entidades se relacionan con los particulares, precisamente a propósito de la satisfacción de necesidades públicas que le obligan a relacionarse contractualmente con ellos y que están sujetas al tráfico comercial y a las relaciones patrimoniales.

## **1.2. Extensión del convenio arbitral en el ordenamiento jurídico peruano**

Un segundo aspecto a tomar en cuenta es el referido a la extensión del convenio arbitral, es decir, la determinación de aquellas partes signatarias, partes no signatarias y/o terceros sobre los cuales el pacto arbitral devengaría en obligatorio. El convenio arbitral, de esa forma, se define como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que puedan surgir entre ella respecto a una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

De manera general podemos afirmar que en relación a la extensión del convenio arbitral resultan aplicables dos principios fundamentales: el principio de *res inter alios acta* y el *pacta sunt servanda*. De acuerdo con el primero, se consagra que no podrán participar en el procedimiento arbitral aquellos que no forman parte de la relación que le dio origen al convenio.

Por otro lado, el principio de *pacta sunt servanda* establece que el convenio arbitral resultará obligatorio únicamente para las partes que lo suscriben. A decir de CASTILLO FREYRE<sup>6</sup>, este principio presenta dos consecuencias fundamentales: la primera, que el convenio es obligatorio para las partes que voluntariamente se someten a las reglas establecidas; y, la segunda, que esta

---

<sup>5</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje»

<sup>6</sup> CASTILLO FREYRE, Mario & SABROSO MINAYA, Rita “Arbitraje: ¿arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN”. Palestra Editores. Lima. 2011, pp. 92

obligatoriedad inicialmente vinculará de manera exclusiva a las partes que lo pactaron.

En ese sentido, tenemos que la regla general es que el convenio arbitral vinculará y será obligatorio únicamente respecto a las controversias que se originen entre quienes lo han suscrito; sin embargo, es importante precisar que existirán circunstancias particulares que justificarían extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias del mismo e incluso terceros.

Estando a ello, y siguiendo con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, si una parte no suscribió formalmente el convenio arbitral, pero participó activamente en las negociaciones, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral, podría deducirse que ésta tuvo la voluntad de ser considerada como parte efectiva.

Respecto a lo anteriormente señalado, si nos remitimos a la Ley de Arbitraje, tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico el convenio arbitral tendrá el siguiente alcance:

***“Artículo 14.- Extensión del Convenio Arbitral***

*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.*

En esa misma línea, SANTISTEVAN NORIEGA<sup>7</sup> sostiene que el convenio arbitral podría llegar a extenderse, inclusive, a quienes no siendo parte signataria del mismo tengan la responsabilidad de exigir a las partes el cumplimiento de los acuerdos establecidos en el contrato que lo contiene.

---

<sup>7</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje»

En torno a la discusión doctrinaria sobre la extensión del convenio arbitral se han planteado diversas posturas. A efectos del presente trabajo, podemos clasificar tales posiciones en tres tesis claramente marcadas: i) la tesis restrictiva; ii) la tesis extensiva; y, iii) la tesis intermedia.

En primer lugar, tenemos que quienes postulan la tesis restrictiva señalan que ninguna controversia derivada de una actuación estatal (entre ellas la de los Organismos Reguladores) podrían someterse a arbitraje en virtud de que estas provienen de las facultades que le son otorgadas por ley. De esa forma, se señala que la vía de reclamación correspondiente sería el proceso contencioso administrativo, caso contrario, se estaría vulnerando la naturaleza administrativa de los contratos de concesión que contiene el convenio arbitral.

Como contrapunto, tenemos la tesis extensiva, postulada por conocidos autores como BULLARD<sup>8</sup>, quien señala que por un criterio de *accountability*, cualquier actuación de los Organismos Reguladores debería poder someterse a arbitraje, esto con la finalidad de controlar la calidad de la actuación de los funcionarios públicos y brindarles mayores garantías a los sujetos privados interesados en invertir en nuestro país.

Finalmente, se ha planteado una postura intermedia, en virtud de la cual se sostiene que podrían ser materia de arbitraje aquellas controversias derivadas de actuaciones de los Organismos Reguladores que provengan de actos que tengan un origen contractual, restringiendo de ese modo el cuestionamiento a través de esta vía de los actos de *ius imperium*.

De manera transversal a las tesis previamente descritas, podemos identificar la postura adicional, la cual señala que lo que se discutirá en el marco de un procedimiento arbitral no es la validez o invalidez de un acto administrativo emitido por una entidad estatal, cuya vía lógica de reclamación sería el

---

<sup>8</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. “*El Estado soy yo. Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores?*”. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, pp. 301-367

procedimiento contencioso administrativo, sino más bien si es que este acto vulneró o no los compromisos que el Estado asumió en un contrato de concesión.



### III. ¿QUÉ SE DISCUTE?

En virtud del nuevo rol de promotor que ejerce el Estado sobre la prestación de servicios públicos y provisión de infraestructuras públicas, tenemos que en los últimos años se han emitido diversas normas que tienen por objetivo la promoción de la inversión privada para coadyuvar al cierre de brechas en nuestro país.

Estando en esta situación, resulta de vital importancia que exista un régimen jurídico que resulte razonable y otorgue una mínima seguridad respecto a cuestiones fundamentales como los mecanismos de solución de controversias. En ese contexto, la discusión principal del presente trabajo gira en torno a la posibilidad (o imposibilidad) de someter a arbitraje aquellas controversias derivadas de la aplicación de penalidades por parte de un organismo regulador, en el marco de la ejecución de un contrato de concesión.

Un primer aspecto materia de análisis versará sobre las funciones que ostentan los organismos reguladores y cómo estas se enmarcan y cohesionan con las obligaciones que asume el Estado a través de un contrato de concesión que celebre con un sujeto privado. Sobre el particular, la doctrina aún discute si es que la eventual aplicación de penalidades por parte de un organismo regulador configura la ejecución de sus facultades de ius imperium o si, por el contrario, es la ejecución de una prerrogativa contractual que le fuera delegada por las partes.

En esa línea, corresponde especificar la naturaleza que tienen las penalidades aplicadas por parte de los organismos reguladores. Vinculado con las funciones que ejerce, existen diversas posiciones sobre si estas pueden equipararse a una sanción administrativa o si configuran en sí mismas penalidades de exclusivo carácter contractual.

Por otro lado, un tercer aspecto a determinar es la patrimonialidad y consiguiente libre disponibilidad de las penalidades aplicadas por este organismo regulador. Esta polémica tiene especial relevancia, pues dependiendo de una u otra



conclusión a la que se arribe, tendremos mayores elementos de juicio para definir si dicha actuación podrá ser materia de cuestionamiento en vía arbitral.

Recordemos que como objetivo principal del presente trabajo debemos dilucidar la controversia referida a si resulta aplicable el mecanismo de solución de controversias en vía arbitral sobre las decisiones de los organismos reguladores, específicamente en materia de aplicación de penalidades contractuales; y, de ser afirmativa la respuesta, determinar hacia que entidades y/o actores se extendería el convenio arbitral.

Finalmente, una vez arribada a una conclusión respecto a la arbitrabilidad de las decisiones de los organismos reguladores en el marco de un contrato de concesión, creemos relevante realizar un análisis económico sobre la posición que consideremos se asume en nuestro ordenamiento, acorde con los objetivos de interés público que deben ser objeto principal de todo contrato de concesión.

## **2.1. Sobre las funciones de los Organismos Reguladores**

Los Organismos Reguladores fueron creados con la finalidad de acentuar el nuevo rol garante y regulador del Estado frente a la actividad económica de los privados, a fin de consolidar el compromiso del Estado frente a las inversiones privadas. De esa forma, el Estado buscaba otorgar mayores garantías frente a posibles injerencias políticas.

A modo de definición, los Organismos Reguladores son aquellos organismos públicos especializados, adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, que cuentan con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

De acuerdo con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los servicios públicos, los organismos reguladores ejercen las funciones de supervisión, regulación, normativa, fiscalización, solución de controversias y solución de reclamos de usuarios. Específicamente en relación a la función de fiscalización y sanción, tenemos que esta consiste en

verificar el cumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o contratos de concesión por parte de los sujetos privados y, de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan por su incumplimiento.

Típicamente los organismos reguladores deben guardar en todo ámbito de sus actuaciones una independencia tanto funcional como institucional. La primera está referida al ejercicio de las funciones, mientras que la segunda a la actuación de la Entidad frente a las demás entidades que forman parte de la Administración Pública.

La independencia de los Organismos Reguladores tiene por objeto fundamental garantizar que sus actuaciones se enmarquen bajo criterios objetivos e imparciales, evitando eventuales capturas, para que así se mantengan distantes de los intereses del Estado, los inversionistas y los usuarios. Al respecto, GORDILLO<sup>9</sup> señala que la independencia de los Organismos Reguladores en el ejercicio de sus funciones tiene como sustento el principio del debido proceso y la separación de poderes.

De esta manera, la cuestión a discutir en este punto radica en definir si la eventual aplicación de penalidades por parte de un organismo regulador se enmarca dentro de las detalladas funciones de fiscalización y sanción, teniendo un origen legal que responde al ius imperium del Estado; o, efectivamente se trata de una prerrogativa contractual que voluntariamente ha sido otorgada por las partes suscribientes del contrato de concesión.

## **2.2. Sobre la naturaleza de las penalidades aplicadas por los Organismos Reguladores**

Debido a la naturaleza altamente técnica y compleja de los contratos de concesión, así como el interés público que existe detrás, resulta común que se establezcan ciertas conductas de los particulares que configuran

---

<sup>9</sup>GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”. Fundación de Derecho Administrativo. Décima Edición.

incumplimientos contractuales, las cuales no necesariamente se encuentran tipificadas en una norma legal.

Resulta relevante poner énfasis en la diferencia existente entre las sanciones administrativas y las penalidades contractuales. Mientras que las primeras configuran una consecuencia jurídica del incumplimiento de un supuesto de hecho configurado en una norma y su aplicación constituye el ejercicio de una potestad administrativa, las segundas refieren al incumplimiento de un acuerdo pactado por las partes dentro de una relación contractual.

En este punto, la discusión radica en determinar si es posible que la aplicación de penalidades contractuales por parte de un organismo regulador, considerando su naturaleza contractual, podría ser equiparable al ejercicio de las funciones de fiscalización y sanción que dicha entidad ostenta en virtud de facultades públicas.

Sobre ello, es importante resaltar que los actos de ius imperium efectuados por los organismos reguladores, en virtud de su función fiscalizadora y sancionadora, y materializada mediante la imposición de sanciones administrativas, serán recurribles a través de un proceso contencioso administrativo en sede judicial. De otro lado, si consideramos que las penalidades contractuales constituyen prerrogativas adicionales acordadas voluntariamente por las partes, cuya incorrecta aplicación devendría en una afectación al contrato de concesión, su vía de reclamación será la vía arbitral.

### **2.3. Sobre la aplicación de criterios económicos en el análisis sobre la arbitrabilidad**

Un aspecto que excede el ámbito de la discusión meramente jurídica pero que resulta igualmente relevante a efectos de nuestro trabajo radica en las consecuencias económicas que traería consigo determinar si es posible o no cuestionar en vía arbitral la aplicación de penalidades por parte de los organismos reguladores durante la ejecución de un contrato de concesión.

Diversas posturas que argumentan a favor de la arbitrabilidad de la aplicación de penalidades por parte de un regulador tienen como sustento un criterio de accountability, consistente en una garantía para la correcta actuación de las personas que forman parte de los citados organismos y que tienen la responsabilidad de definir la aplicación de las penalidades.

En este punto, el criterio económico toma relevancia no solo para efectuar un control de la calidad regulatoria, sino además para la promoción de las inversiones privadas que tendrán un impacto en la reducción de brechas de infraestructura y servicios públicos en el país. Para ejemplificar lo señalado, tenemos que permitir el acceso a una vía arbitral para cuestionar si la imposición de una penalidad vulnera o no lo pactado en un contrato de concesión podría resultar determinante para que un inversionista decida invertir o no sus recursos; no obstante, existen posiciones contrarias que descartan un criterio meramente económico, y se centran únicamente en las instituciones del Derecho Administrativo. De esa forma, otro punto a discutir y sobre el cual se definirá una postura será si para la determinación de la arbitrabilidad de las decisiones de los organismos reguladores deberían o no tomarse en consideración aspectos exógenos a los puramente jurídicos.

Teniendo en cuenta las consideraciones previamente expuestas, y a efectos de determinar una postura propia, en el siguiente apartado procederemos a identificar las ventajas y desventajas que presenta cada una de las posturas descritas, para lo cual se realizará un análisis a través de la aplicación de criterios como el interés público, seguridad jurídica, disponibilidad, patrimonialidad, tarifas aplicables y los mecanismos de terminación contractual.

#### **IV. POSICIÓN PERSONAL**

##### **2.4. Naturaleza jurídica del contrato de concesión**

El reconocido jurista alemán OTTO MAYER<sup>10</sup> señala que la concesión se define como *“el acto administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la administración pública”*. En esa misma línea, JORGE CALAFELL<sup>11</sup> define a la concesión administrativa como *“el medio más eficaz dentro del Estado moderno para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos federales, que la administración pública no está en condiciones de desarrollar ya sea por incosteabilidad económica, por impedimentos organizacionales propios o por inconveniencia política”*.

Asimismo, SERRA ROJAS<sup>12</sup> indica que la concesión es el *“acto administrativo por medio del cual, la Administración Pública confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”*.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial del término, el Tribunal Constitucional también ha definido el concepto, en un primer momento, mediante la Sentencia N° 048-2004-PI/TC, de acuerdo al siguiente sentido:

*“En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo, sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que “(...) hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes (...)”; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración*

---

<sup>10</sup>MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, T. IV. PP. 149

<sup>11</sup>CALAFELL, Jorge. Teoría General de la Concesión. En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad. Iberoamericana N° 26. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM. México DF. 1996, Pp.216-218.

<sup>12</sup>ROJAS, Serra. Derecho Administrativo, T. I. México 1979, pp. 226



*o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular.*

*Por lo expuesto, “(...) la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración”. Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge ex novo.”*

No obstante, posteriormente el propio el Tribunal Constitucional supero la idea que la concesión debía ser entendida únicamente como un acto constitutivo de derechos y, recogiendo la tesis contractualista, señaló en su Sentencia N° 2488-2004-AA/TC que la concesión era tanto un acto de autoridad estatal como un contrato.

*“La concesión es tanto un acto de autoridad estatal como un contrato La naturaleza jurídica de la concesión, ha sido desarrollada por varias corrientes doctrinales. Una primera, entendía que, en el caso de la concesión, el Estado actuaba como persona privada contratando con los particulares y sometiéndose a las reglas del Derecho Común, negándose que pueda existir algún elemento legal o reglamentario de Derecho Público*

*En contraposición a ella, una segunda concibe a la concesión como un acto exclusivamente de Derecho Público, lo que supone que la concesión implica la subordinación del interés individual al interés general, por lo que se trata de una figura regida únicamente por el Derecho Público.*

*Finalmente, una tercera ve a la concesión como un acto con dos facetas. Por un lado, un acto de poder público que se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión y en atención al cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público; y por otro, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan las partes y en las que es posible referirse al contrato de concesión administrativa.”*

En esa línea, en nuestro ordenamiento jurídico la concesión administrativa puede ser entendida desde una triple concepción<sup>13</sup>: i) como un acto administrativo

---

<sup>13</sup>Revista Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, “Teoría General de la Concesión”,



discrecional por el cual la autoridad administrativa faculta a un particular a utilizar bienes del Estado o a explotar un servicio público, siempre dentro de los límites y condiciones establecidos por la ley; ii) como un procedimiento mediante el cual se otorga la concesión y se regula su utilización; y, iii) como un documento que formaliza el acto administrativo por el cual se otorga la concesión.

Sobre el particular, SANTOFIBIO GAMBOA agrega que *“la concesión implica una integración de conceptos y principios tanto de derecho público como privado en algunos casos extraños entre sí pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento, y de la autonomía de la voluntad, que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general, pero con desarrollos y reconocimiento del derecho privado, sobre todo bajo criterios de economía de mercado”*<sup>14</sup>.

Tomando como punto de partida las definiciones doctrinarias expuesto, a efectos de presente trabajo, definiremos a la concesión como aquel contrato mediante el cual la Administración Pública, a través de Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, encarga el diseño, construcción y/o explotación de una infraestructura pública o la prestación de un servicio público a un sujeto privado, cuya retribución estará constituida por el propio aprovechamiento de la referida infraestructura o servicio público, sin perjuicio del cofinanciamiento o garantías que puedan ser aportadas.

En este punto, no debemos perder de vista que el contrato de concesión se materializa en un contrato administrativo, sobre el que recae un régimen jurídico especial, distinto al del Derecho Civil. Esta diferenciación se encuentra justificada en el fin público que tiene detrás, concretizado en la satisfacción de un interés público subyacente. De esa manera, mientras que en un contrato civil lo que

---

Vol. II, 1970-1971, pp. 248, Caracas.

<sup>14</sup>SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los Intereses Públicos” Universidad Carlos III. Madrid. 2010. PP. 405

prima es la autonomía de la voluntad, en un contrato administrativo lo que se privilegiará será el interés público.

## **2.5.Las potestades exorbitantes de la Administración en los contratos administrativos**

La determinación de la concesión como un contrato administrativo implica de esa forma una serie de potestades exorbitantes que tendrá consigo la Administración. Hoy en día, la idea de que estas potestades exorbitantes deben ser implícitas ha quedado desfasada por la doctrina que sostiene que ellas deben respetar el principio de legalidad y tener un reconocimiento ya sea a nivel legal o contractual. De esa forma, una potestad exorbitante tiene necesariamente que emanar de un poder que se le otorga a la Administración a fin de salvaguardar un interés público.

En este punto, podría cuestionarse la posibilidad de someter a arbitraje la aplicación de penalidades por parte de un organismo regulador sustentándose en que dicha actuación constituye el ejercicio de una prerrogativa exorbitante que ostenta la Administración en virtud del carácter administrativo del contrato de concesión. A fin de determinar la validez de dicho argumento, corresponderá definir los alcances y justificación de estas prerrogativas.

De esa manera, dentro de las principales manifestaciones de estas potestades exorbitantes propias del régimen de los contratos públicos, tenemos las siguientes:

- **Ius variandi:** Consiste en la facultad de la Administración para efectuar modificaciones en un contrato administrativo por iniciativa propia y de manera unilateral, justificada en un fin público. En el caso concreto de los contratos de concesión, al ser estos de larga duración, resulta inevitable que durante su plazo de ejecución se requieran realizar modificaciones a efectos de garantizar la correcta prestación de los servicios públicos comprometidos.

- **Excepción de incumplimiento:** A diferencia de los contratos privados, en los cuales, si una parte no cumple con la contraprestación pactada, la otra queda liberada de sus obligaciones, en el caso de los contratos administrativos el privado que contrate con la Administración no podrá interrumpir por ningún motivo la ejecución de sus prestaciones. Esta prerrogativa se justifica fundamentalmente por el principio de continuidad de los servicios públicos.
- **Dirección y control:** En los contratos administrativos las partes contratantes se encuentran en una relación de subordinación. En atención a ello, la Administración puede disponer en cualquier momento de la ejecución contractual, de un conjunto de medidas para inspeccionar, vigilar y supervisar las actividades del contratista. En esa misma línea, se faculta a la Administración para controlar el cumplimiento de las obligaciones del privado a través de los organismos reguladores, en el caso de servicios públicos regulados, o supervisores, en caso de servicios públicos no regulados.

Lo señalado anteriormente resulta relevante en la medida que la figura del regulador y del supervisor configuran distintas manifestaciones de una misma potestad exorbitante, por lo que no tendría justificación diferenciar la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones de uno y otro.

- **Sanciones de origen contractual:** De manera derivada a la facultad de dirección y control se tiene la potestad de imponer sanciones de origen contractual, es decir, penalidades. A diferencia de las sanciones administrativas, la finalidad de las penalidades contractuales será garantizar el efectivo y oportuno cumplimiento del contrato, por una finalidad pública.
- **Interpretación unilateral del contrato:** En el caso del sector transporte, la Administración, a través de OSITRAN, se encuentra autorizada para

interpretar las cláusulas contractuales que resulten controvertidas en caso de discrepancias sobre su modo de ejecución. Esto obedece a que, por la naturaleza del servicio público involucrado y su deber de garantizarlo, no se podrá esperar la decisión de un juez o arbitro al respecto.

En esa medida, la idea de las potestades exorbitantes de la Administración en los contratos administrativo no resulta contradictorio con la arbitrabilidad de los mismos, en el sentido que la materia a discutirse y determinarse en un proceso arbitral será sí el ejercicio de estas prerrogativas vulnera o no lo establecido contractualmente por las partes.

De esa forma, debemos resaltar que lo que finalmente se discutirá en un arbitraje no será la validez o invalidez del acto administrativo emitido por la Administración para imponer esas penalidades, sino más bien los efectos que están tengan sobre el contrato de concesión y si ello deviene en un incumplimiento contractual por parte del concedente. Así, la materia controvertida consistirá en determinar si como consecuencia de la penalidad impuesta se vulneró o no el contrato de concesión.

## **2.6. Carácter contractual de las penalidades**

En virtud de las potestades de reglamentación y sanción contractual, la Administración se encuentra facultada a imponer penalidades contractuales en caso verifique el incumplimiento de una obligación de carácter legal a cargo del concesionario. De esa manera, la naturaleza de esta penalidad se mantendrá inmutable independientemente si es aplicada directamente por el concedente, por el organismo regulador en el caso de un sector regulado o por el supervisor en caso de sectores no regulados.

Típicamente la doctrina señala que las penalidades pueden tener una finalidad compensatoria o punitiva. A efectos de establecer las diferencias existentes entre ellas y determinar la posibilidad de cuestionar su aplicación en la vía arbitral, a continuación, presentamos sus principales características.

- **Penalidades con finalidad compensatoria:** Su objetivo fundamental es la de sustituir la prestación incumplida con la penalidad pactada en el contrato. De esa forma, una vez que se detecta cierto incumplimiento, la penalidad sirve para reemplazar el beneficio que hubiera sido obtenido por el acreedor de la obligación con un monto dinerario. Así, tenemos que claramente se busca materializar el beneficio dejado de percibir para compensarlo con el pago de una penalidad.
- **Penalidades con finalidad punitiva o sancionadora:** A diferencia de la anterior, su objetivo no es compensar al acreedor de la prestación sino únicamente castigar al deudor que ha incurrido en un incumplido. Típicamente su cuantía va exceder los daños que efectivamente se hayan producido y los perjuicios ocasionados, pues tiene por fundamento imponer una carga adicional para el concedente.

De esa manera, se verifica que la aplicación de penalidades tendrá indefectiblemente un origen contractual, de manera tal que su cuestionamiento en vía arbitral versará no sobre el acto administrativo que configuraría su aplicación, sino más bien sobre la conducta presuntamente infractora que supuso su imposición.

De otro lado no debe perderse de vista que dichas penalidades, dependiendo del sector al que pertenezca el contrato, podrán ser aplicadas en cada caso por un organismo regulador (en su condición de entidad administrativa) o por un sujeto privado (en su condición de supervisor del contrato de concesión). Así, las labores de supervisión y regulación en el marco de un contrato de concesión son manifestaciones de la misma potestad de control contractual que ejerce la Administración.

En ese sentido, la opción de limitar la posibilidad de cuestionar en vía arbitral las controversias derivadas de la aplicación de penalidades por parte de un organismo regulador resultaría discriminatorio, toda vez que en caso las labores de supervisión sean delegadas a una empresa privada por tratarse de sectores no regulados, las penalidades que este imponga sí puedan someterse a arbitraje.



En ese sentido, considerando que materias susceptibles de ser arbitrables son aquellas sobre cuales las partes tengan libre disponibilidad debido a su carácter patrimonial y que son las propias partes de la relación contractual las que acuerdan otorgarle a un tercero, sea este un organismo regulador o un supervisor privado, determinadas facultades relacionadas a la aplicación de penalidades, estas configurarían materias de libre disposición con un innegable carácter patrimonial.

Por lo expuesto, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce la posibilidad de cuestionar en vía arbitral la indebida imposición de penalidades contractuales por parte de un organismo regulador, toda vez que: i) está podría devenir en un incumplimiento contractual del concedente; y, ii) actualmente se permite hacerlo con los supervisores privados que ejercen la misma función de los organismos reguladores en un contrato de concesión.

## **V. CONCLUSIONES**

Los contratos de concesión en el Perú deben ser estudiados desde la perspectiva de las Asociaciones Público Privadas y la colaboración que ese mecanismo implica. El objetivo de las denominadas APPs tiene que ver con la colaboración y distribución de riesgos entre el Estado y un sujeto privado en el marco de una relación de naturaleza contractual bajo un régimen financiero especial que permita que ambas partes puedan obtener ganancias: el Estado con oportuna prestación de un servicio público o infraestructura pública; y, el privado con la rentabilidad que obtenga de sus inversiones.

Esta nueva perspectiva implica necesariamente el reconocimiento de una serie de derechos para los privados que le permitan salvaguardar sus intereses frente a las prerrogativas que tenga la Administración Pública. La manifestación más concreta de lo expuesto se configura a través del reconocimiento de la posibilidad de someter a arbitraje aquellas controversias derivadas de la apelación de penalidades y, en general, cualquier actuación de los organismos



reguladores en el marco del contrato de concesión suscrito entre las partes.

Estando a ello, las penalidades aplicadas por los organismos reguladores durante la ejecución de un contrato de concesión configuran un acto de ejecución contractual y como tal puede ser cuestionado en caso vulneren lo acordado entre las partes.

Debe quedar claramente establecido que lo que eventualmente se discuta en el proceso arbitral no será si el acto administrativo emitido por el organismo regulador es válido o no, sino más bien si los efectos de este acto administrativo afectan la relación contractual y configura un incumplimiento del Estado en su condición de concedente.

La postura adoptada si bien ha considerado el contexto en el que se desarrollan las Asociaciones Público Privadas en el Perú y la política de promoción de la inversión privada, no pierde de vista lo regulado por la normativa aplicable al arbitraje. En esa línea, resulta perfectamente compatible nuestra posición de permitir la arbitrabilidad de las decisiones de los reguladores con lo recogido en la Ley de Arbitraje, al configurar estas como una materia de carácter patrimonial y, por tanto, de libre disposición para la Administración Pública.

A modo de sugerencia, consideramos debería incluirse expresamente el reconocimiento de la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones de los organismos reguladores, incluyendo la aplicación de penalidades, en el marco de un contrato de concesión en la normativa de promoción de la inversión privada, con la finalidad de tener un sistema que otorgue mayor certidumbre y garantías a los privados que contraten con el Estado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BULLARD GONZALES, Alfredo

2011 *“Extensión del convenio arbitral”*. Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I, 2011, pp. 200 – 231.

BULLARD GONZALES, Alfredo

2011 *“El Estado soy yo. Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores”*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, pp. 301-367

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando; SIMONS PINO, Adrián y VELEZ SALINAS, Roberto

2011 *“Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio”*. Advocatus. Lima, 2011, Número 24, pp. 403-411

CASTILLO FREYRE, Mario & SABROSO MINAYA, Rita

2009 *“El Arbitraje en la Contratación Pública”*. Lima. Palestra Editores

CASTILLO FREYRE, Mario & SABROSO MINAYA, Rita

2011 *“Arbitraje: ¿arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN”*. Lima: Palestra Editores

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.

1994 *“El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”*. En: Ius et Veritas N° 29. Lima

LORCA NAVARRETE, Antonio María.

2003 *“Tratado de Derecho de Arbitraje”*. Instituto Vasco Derecho Procesal.

MARAVÍ SUMAR, Milagros

2011 *“¿Son Arbitrables las decisiones de los Organismos Reguladores?”*. Revista Derecho & Sociedad. Lima, 2011, Número 36, pp. 53-57

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13224/13835>

MARTIN TIRADO, Richard

2012 *“La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de Terceros en el Arbitraje Administrativo”*. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2012, Número 11

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13552/14177>

MARTIN TIRADO, Richard.

2013 *“El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”*. Revista de Derecho Administrativo 13. Lima, 2012, pp. 305-353

MORI BREGANTE, Pablo

2012 *“Regutran: La historia de un Regulador excluido”*. Revista de Economía y Derecho. Lima, volumen 9, Número 34, pp. 7-25

PEREZ-REYES ESPEJO, Raúl

2011 *“La autonomía de los Organismos Reguladores: alcances y límites”*. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2011, Número 10, Tomo 1, pp. 129-136

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13656/14280>

QUIÑONEZ ALAYZA, María Teresa

2012 *“Arbitraje, ius imperium y Contratos de Concesión”*. Lima, 2012, Número 2, pp. 235-248.

SALCEDO CASTRO, Myriam

2005 *“La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”*. En: El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

2009 *“Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”*. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 8. Lima.